Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.
Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Asunto: Acción de tutela Nº 2022 – 287

Sentencia Primera Instancia

Fecha: Agosto diecisiete de dos mil veintidós.

De conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Nacional 2591 de 1991 se emite sentencia de primer grado en la actuación de la referencia.

1.- Identificación de la parte accionante: (Art. 29 Num. 1 D. 2591/91):

- Solicitante: Miguel Antonio Rodríguez Rodríguez, ciudadano que se identifica con C.C. # 7.350.059.

- Agente oficioso: Luz Very Rodríguez Pulido, identificada con C.C. # 23.444.270.

2.- Identificación de quien provenga la amenaza o vulneración: (Art. 29 Num. 2 D. 2591/91):

a) La actuación es dirigida por la tutelante en contra de:

- Nueva EPS.

b) Vinculadas:

- Hospital Universitario Clínica San Rafael.
- Centro de Salud Luis Lancheros.
- Superintendencia Nacional de Salud.
- Ministerio de Salud.
- Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- Secretaría Distrital de Salud.

3.- Determinación del derecho tutelado: (Art. 29 Num. 3 D. 2591/91):

La accionante indica que se trata del derecho fundamental a salud.

4.- Síntesis de la demanda:

a) *Hechos:* La parte accionante manifestó:

- El accionante ha sido valorado, diagnosticado, pronodticado y tratado, con dislipidemia, hiperplasia prostática benigna y coxartrosis izquierda.

- Dado el dolor presentado en cadera izquierda y dificultad en la marcha, acudió al médico en el municipio de Coper (Boyaca), en diciembre 30 de 2021, donde el galeno indicó que existe dolor al movilizarse con limitación funcional. Le fue prescrito radiografía de cadera, y debía acudir al especialista en ortopedia, igualmente radiografía comparativa.

- Se hizo necesario el traslado del accionante a la ciudad de Bogotá, dado que en el Centro de Salud Luis Lancheros, no hay especialista en ortopedia y traumatología. En dicha ciudad no ha sido posible conseguir cita con el especialista.

- Dada la complejidad de la cirugía se requiere que sea en un establecimiento nivel 3 o 4. La institución indicada es el Hospital Universitario Clínica San Rafael.

- Para la recuperación se requiere autorización de transporte no convencional, caminador y/o silla de ruedas.

b) *Petición:*

- Autorizar cirugía de reemplazo de cadera.

- Autorizar transporte no convencional, para traslado a citas de control POS operatorio, terapias de habilitación y rehabilitación.

- Autorización de elementos para recuperación, desplazamiento como caminador y/o silla de ruedas.

5- Informes: (Art. 19 D.2591/91)

a) Nueva Empresa Promotora de Salud S.A.

- Ha asumido todos los servicios médicos requeridos por Miguel Antonio Rodríguez, siempre que estén enmarcados en la normatividad del Sistema General de Seguridad social en Salud.

- Presta los servicios a través de una red de prestadores de servicios en salud.

- Prueba de la no vulneración de derechos fundamentales del accionante, es la ausencia en el expediente de cartas de negación de servicios de salud, emitidas por Nueva EPS.

- El usuario debe soportar primeramente que realizó los trámites que le corresponden como integrante del SGSSS ante la EPS y que corresponden a la radicación de las órdenes médicas o historias clínicas de los servicios que le son ordenados.

- La acción de tutela es improcedente, sin que exista orden del médico tratante.

- El criterio jurídico no puede reemplazar el criterio médico. Al demostrarse necesidad extrema de la prestación del servicio, el juez constitucional debe de maneta previa ordenar la valoración del médico tratante, para que este determine la necesidad del servicios.

b) Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

- Es función de la EPS, y no del ADRES, la prestación de servicios de salud.

- No tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS.

c) Hospital Universitario Clínica San Rafael.

- No tiene competencia normativa para autorizar citas médicas, traslados o suministrar medicamentos o tratamientos requeridos por los usuarios, dado que esta función es exclusiva de las EPS.

- No es la llamada a amprar los derechos fundamentales del accionante.

- Presta los servicios de salud siempre y cuando forme parte de la red de prestadores de salud de la EPS accionada.

- No ha brindado atención médica al señor Miguel Rodríguez, en su institución, razón por la cual no puede realizar pronunciamiento alguno sobre los requerimientos realizados.

- Corresponde a Nueva EPS, atender las pretensiones del accionante.

- No está legitimado para referirse a los hechos descritos, y por tanto se presenta falta legitimación en la causa por pasiva.

d) Superintendencia Nacional de Salud.

- Solicita se desvincule, dado que, los derechos conculcados no devienen de una acción u omisión atribuible a la entidad.

- La EPS es quien debe pronunciarse sobre la prestación de servicios médicos requeridos. Por tal motivo, resulta evidente la falta de legitimación en la causa por parte de la entidad.

- No es el superior jerárquico de los actores que hacen parte del sistema de seguridad social en salud.

e) Ministerio de Salud y Protección Social.

- Es improcedente la acción de tutela por falta de legitimación en la causa por pasiva, y ausencia de responsabilidad imputable al ente ministerial.

- No es el responsable de la prestación de servicios de salud.

f) Centro de Salud Luis Lancheros de Coper.

- Presta los servicios que se contraen y se autorizan por parte de la EPS ahora EAPB y aseguradoras.

- Presto los servicios acorde el nivel de complejidad en que se encuentra habilitado y autorizado para funcionar por parte de la Secretaria de Salud Departamental, esto es servicio de salud primario de primer nivel de atención.

- No se encontró asistencia al servicio médico en diciembre 30 de 2021, por parte del señor Miguel Antonio Rodríguez Rodríguez. Solo se cuenta con una asistencia en diciembre 28 de 2021.

- Conforme el criterio del médico tratante, se determinó la necesidad de remitir al paciente a una Institución de Salud de nivel superior, para que determinen con exactitud las patologías que aquejan al paciente, y se determine el tratamiento a seguir. Entendiendo las limitaciones de movilidad que deben ser tratadas por la especialidad de ortopedia y traumatología y medicina interna.

g) Secretaría Distrital de Salud.

- No tiene conocimiento alguno de los hechos narrados dentro del libelo de la acción de tutela.

- Nueva EPS debe realizar las consultas, exámenes y procedimientos ordenados por el médico tratante de manera inmediata y sin dilación alguna.

- Ninguna de las pruebas aportadas por el accionante permiten determinar que haya vulnerado o puesto en riesgo los derechos fundamentales que se aduce están siendo transgredidos.

- No tiene competencia para pronunciarse frente a los hechos planteados por la accionante, dado que no es la autoridad facultada para prestar los servicios de salud, por lo que no debe ser sujeto procesal dentro de la acción de tutela.

- No es superior jerárquico de Nueva EPS.

- Es improcedente la acción de tutela por la no vulneración de derechos fundamentales.

- La responsabilidad de las actuaciones solicitadas por el accionante, es Nueva EPS, y por tanto existe falta de legitimación en la causa por pasiva.

6.- Pruebas:

Las documentales existentes en el proceso.

7.- Problema jurídico:

¿Existe vulneración a los derechos implorados por la tutelante por cuenta de la accionada y vinculadas?

8.-Derechos implorados:

Conforme los hechos objeto de la acción de tutela se advierte que pueden ser afectados los derechos a la salud, seguridad social y vida digna. La atención en salud en los términos del artículo 49 de la Constitución política tiene doble connotación, al ser un derecho constitucional y un servicio público de carácter esencial. Por ello corresponde al estado no

solo organizar, sino además reglamentar su prestación según los fines de eficiencia, universalidad y solidaridad y, en cumplimiento de los fines que le son propios.

La Corte Constitucional en sentencia T-507 de 2017 señaló que las controversias suscitadas en planes adicionales de Salud, pueden ser reclamadas vía acción de tutela, teniendo en cuenta cada caso particular la señalar:

> *"No obstante, la jurisprudencia constitucional ha determinado que las controversias suscitadas en relación con este Plan Adicional en Salud pueden ser reclamadas excepcionalmente por conducto de la acción de tutela cuando se cumplan las siguientes condiciones:*
> *"(i) Se trata de personas jurídicas privadas que participan en la prestación del servicio público de salud; || (ii) los usuarios de las empresas que prestan los servicios adicionales de salud se encuentran en estado de indefensión frente a éstas, toda vez que dichas empresas tienen bajo su control el manejo de todos los instrumentos que inciden en el disfrute efectivo de los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y asistenciales ofrecidos 'hasta el punto que, en la práctica, son ellas las que deciden de manera concreta si cubren o no el respectivo gasto en cada momento de la ejecución del contrato'[1] y, adicionalmente, tratándose de planes de medicina prepagada e incluso de pólizas de salud, los contratos son considerados de adhesión, lo que significa que las cláusulas son redactadas por las empresas y poco son discutidas con el usuario-contratante, situación que lo convierte en la parte débil de la relación negocial; y, || (iii) la vía ordinaria no es idónea ni eficaz para la resolución de un conflicto que involucra la violación o amenaza de derechos fundamentales como la vida y la dignidad de las personas, máxime cuando se acredita la existencia de un perjuicio irremediable, ya que la decisión resultaría tardía frente a la impostergable prestación del servicio de salud"[2].*
> *En sentido similar, en la Sentencia T-392 de 2014 se indicó que "tratándose de la afectación de derechos fundamentales, el juez de tutela, atendiendo a los hechos particulares de un caso, puede entrar a analizar el contenido, la interpretación o el cumplimiento de un contrato determinado, y puede adoptar medidas tendientes a la protección de los derechos fundamentales vulnerados, de manera permanente o de manera transitoria, dependiendo de la claridad de los hechos alegados y de si se requiere el desarrollo de un proceso judicial específico en la jurisdicción correspondiente"[3]. Por ello, en numerosas decisiones esta Corporación ha precisado que el amparo es procedente excepcionalmente como consecuencia del desbordamiento de la autonomía, libertad o igualdad contractuales y en perjuicio del usuario de salud, o en el evento que se violen o amenacen sus derechos fundamentales[4]. Ello atendiendo que "las actuaciones destinadas a garantizar una prestación eficiente del servicio de medicina prepagada deben adecuarse a los parámetros constitucionales que consagran la garantía de la prestación del servicio público de salud y la protección de los derechos a la vida, la salud, integridad personal y dignidad humana de los individuos"[5]."*

9.-Procedencia de la acción de tutela para protección de los derechos implorados:

a.- Fundamentos de derecho: La Corte Constitucional ha indicado que el derecho a la salud es fundamental y autónomo, por tanto puede ser protegido por la acción de tutela.

[1] *Cfr.* T-867 de 2007 y T-307 de 1997.
[2] Sentencias T-412A de 2014 y T-158 de 2010.
[3] Sentencia T-089 de 2005.
[4] Sentencias T-765 de 2008, T-196 de 2007 y T-660 de 2006.
[5] Sentencia SU-039 de 1998.

> *"Al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo a favor de los beneficiarios del sistema de salud. Por lo tanto, cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud, se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS o POS-S, vulneran el derecho a la salud, el cual como se ha reiterado adquiere la condición de derecho fundamental autónomo y éste puede ser protegido por la acción de tutela."* (T-161 de 2013).

b.- Verificación de requisitos generales para el caso concreto: En lo referente a **legitimación en la causa**, se encuentra acreditado que el accionante ha tenido vínculo con la entidad accionada.

En el apartado de **subsidiariedad** se verifica dado que la Corte Constitucional indicó que cuando las entidades prestadoras de servicios de salud, se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos se vulnera el derecho a la salud y este puede ser protegido mediante la acción de tutela. (T-161 DE 2013)

10.- Consideraciones probatorias y jurídicas:

a.- Normas aplicables: Artículo 48 y 49 de la Constitución Política de Colombia.

b.- Caso concreto:

Revisadas las pretensiones de la accionante y el devenir de la acción de tutela, advierte el Despacho que el objeto principal de la misma y que podría afectar derechos fundamentales, se concreta a la no autorización de la cirugía de cadera.

La Corte Constitucional en providencias como la T-508 de 2019, T-001 de 2021, entre otras ha indicado:

- El derecho al diagnóstico efectivo se constituye en un componente del derecho fundamental a la salud.

- Se entiende por este la facultad que tiene el paciente de exigir a las entidades prestadoras de salud la realización de procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia, para que el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine las

prescripciones adecuadas para lograr la recuperación de la salud o su estabilidad.

- Las autoridades encargadas de prestar el servicio deben establecer una serie de mecanismos encaminados a proporcionar una valoración técnica, científica y oportuna.

- La garantía de un diagnostico se compone de tres facetas:

  - ✓ Prescripción y práctica de pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de síntomas presentados por el paciente.
  - ✓ Calificación oportuna y completa por parte de autoridad médica de la especialidad requerida.
  - ✓ Prescripción del médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles.

- El diagnostico se compone de identificación, valoración y prescripción.

- La prescripción se compone de emisiones de órdenes médicas del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado para la mejora del estado de salud del paciente.

- El derecho al diagnóstico se satisface con la realización de exámenes y la consecuente prescripción de tratamientos, e implica determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al más alto nivel posible de salud.

- La práctica oportuna no está condicionada a la existencia de una enfermedad grave o de un hecho de urgencia médica.

- La opinión de un profesional, en un tiempo adecuado es común a todas las patologías.

- Se vulnera el derecho cuando:

  - ✓ La Empresa Promotora de Salud o su Personal médico rehúsan o demoran la emisión de cualquier tipo de diagnóstico respecto de los síntomas que presenta el paciente.
  - ✓ La Empresa Promotora de Salud, con base en razones financieras, exclusión del POS, administrativas o de conveniencia, niega al paciente la práctica de un examen o se rehúsan a autorizar la remisión al especialista a pesar de haber sido ordenadas por el médico tratante adscrito a la misma.
  - ✓ La Empresa Promotora de Salud se niega a autorizar las prescripciones, exámenes, remisión al especialista, medicamentos o procedimientos médicos – dados por un médico no adscrito a la misma, precisamente por no haber sido emitidas por personal médico propio.

En el presente asunto se encuentra acreditado que:

- El médico tratante del accionante en el Centro de Salud Luis Lancheros de Coper, determinó que este debía ser remitido a una institución de nivel superior, para que las especialidades médicas correspondientes determinarán con exactitud, las patologías que aquejan al paciente y se determinará el tratamiento a seguir, entendiendo las limitaciones de movilidad que deben ser tratadas por la especialidad de ortopedia y, traumatología y medicina interna.

- En solicitud médica ayudas diagnósticas de mayo 12 de 2022, emitida por Nueva EPS, se advierte que la profesional Yudithmar Suyin Molina Chávez, solicitó junta especializada para evaluación de reemplazos articulares, coxartrosis izquierda, y reemplazo protésico total primario de cadera izquierda.

Conforme lo expuesto, se tiene que, en el presente asunto se vulneró el derecho a un diagnostico efectivo del señor Miguel Antonio Rodríguez Rodríguez, dado que:

- Acorde lo indicado por la Corte Constitucional el diagnostico se compone de identificación, valoración y prescripción.

- El accionante fue remitido del Centro de Salud Luis Lancheros de Coper, por su médico tratante, a una institución superior para determinar con exactitud las patologías que lo aquejaban, teniendo en cuenta las limitaciones de movilidad que debían ser tratadas por la especialidad de ortopedia, traumatología y medicina interna.

- La profesional Yudithmar Suyin Molina Chávez, de Nueva EPS, solicito junta especializada para evaluación de reemplazos atículares.

- Nueva EPS, no acreditó haber realizado dicha junta especializada.

- Al no realizar la junta solicitada por el médico tratante del accionante, le niega el derecho al diagnóstico del actor, en tanto no se realiza la valoración, que permita determinar si el procedimiento a realizar es el idóneo para el paciente, tal como lo ha indicado el órgano de cierre Constitucional, en providencias como la T-508 de 2019.

> *"Por otra parte, además de la adecuación técnica de la terapia médica a la situación del paciente, la Corte ha destacado que a partir del grado de* ***efectividad*** *que puede tener un procedimiento para tratar las patologías de un ser humano se logra derivar una situación distinta que, a su vez, supone una consecuencia jurídica diversa. Ciertamente, esta Corporación ha reconocido que la observación estricta de los protocolos médicos no conlleva per se a la consecución de los resultados físicos esperados en el paciente, pues el éxito de cada intervención está condicionado por una extensa serie de factores previsibles y no previsibles[133]. Por ese motivo, la responsabilidad de los profesionales de la salud "(…) por las reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto"[134].*
> *Como resultado de ello, la práctica de un procedimiento médico no está supeditada solamente por la* ***idoneidad*** *del mismo, sino que también se condiciona por el análisis que se realice en cada caso acerca de su* ***efectividad****, a partir de las probabilidades de recuperación, los riesgos previsibles y la estimación de las posibles contingencias inesperadas[135]. En cualquier caso, la Corte ha explicado que esa distinción no es en absoluto radical, sino que, por el contrario "(…) no tiene límites tajantes, pues por un lado la ambigüedad del lenguaje no lo permite[136], y por otro la inconveniencia de un procedimiento médico puede interpretarse como falta de idoneidad del mismo[137]"[138]. No obstante, en torno a esa incertidumbre esta Corporación también ha sostenido que:*
> *"(…) dentro de la cultura general a la que pertenece nuestra cultura médica, es posible afirmar que una cosa es la valoración consistente en que de la condición del paciente y a partir de un criterio médico-científico un tratamiento determinado* ***no es el propio para su patología****, es decir* ***no es idóneo****; y otra distinta la que supone que la realización de un procedimiento médico depende de la expectativa de los beneficios a conseguir por el paciente, es decir de su grado de* ***efectividad****, y de la comparación de esta expectativa con la de los riesgos que implica, esto es, que sea discutible su* ***conveniencia****"[139]."*

Conforme lo expuesto, se ordenará a Nueva EPS, que realice la junta especializada para evaluación de reemplazos articulares, acorde lo solicitado por la profesional Yudithmar Suyin Chávez.

En lo que toca, a las autorizaciones de cirugía de reemplazo de cadera, suministro de transporte no convencional, caminador y/o silla de ruedas, basta con indicar que acorde lo señalado por la Corte Constitucional, los jueces carecen del conocimiento necesario para prescribir tratamientos médicos requeridos por un paciente. Por tanto, al no estar ordenados por el médico tratante, no es viable a dichas pretensiones. Máxime si se tiene en cuenta que no se ha realizado la junta especializada para evaluación de reemplazos articulares.

> *"En torno a la noción de* ***idoneidad****, este Tribunal ha destacado que los jueces carecen del conocimiento necesario para prescribir los tratamientos médicos requeridos por un paciente y que, además, la competencia para prescribir tales medicamentos o intervenciones recae, prima facie, en el médico tratante[141]. Esa premisa, a su vez, se origina en tres motivos esenciales, a saber: (i) la preparación profesional y técnica que poseen los galenos, (ii) el conocimiento acerca de la historia clínica del enfermo y, además, (iii) el hecho de actuar en nombre de la entidad promotora de salud[142]. Sobre ese aspecto, a través de la sentencia T-345 de 2013, esta Corporación puntualizó lo siguiente:*
>
> *"(…) siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico[143]. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos, tal como podría ocurrir en el caso concreto[144]"[145]. "* (T-508-2019)

En consecuencia, el Juzgado Diecisiete (17) Civil del Circuito de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER la acción de tutela impetrada por Miguel Antonio Rodríguez Rodríguez a través de su agente oficiosa Luz Very Rodríguez Pulido contra Nueva Empresa Promotora de Salud S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a Nueva Empresa Promotora de Salud S.A., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir del recibo de la comunicación de este fallo, proceda si aún no lo ha hecho, a realizar el diagnóstico a que haya lugar al señor Miguel

Antonio Rodríguez Rodríguez, esto es realizar la identificación, valoración y prescripción, acorde la patología padecida por la accionante. En el mismo término realice la Junta Especializada para Evaluación de Reemplazos Artículares, ordenada por el médico tratante en mayo 12 de 2022.

TERCERO: No emitir orden respecto de las entidades vinculadas.

CUARTO: NOTIFICAR lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito y eficaz de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para eventual revisión, en el evento que no se impugne la presente decisión.

NOTIFÍQUESE,

CESAR AUGUSTO BRAUSÍN ARÉVALO
JUEZ

©Á╤Ç